

*Oktober 2018*

## Update

Diese Ausgabe behandelt die neueste Judikatur des OGH zu den Themen: Schadenersatz für Unterhaltsmehraufwand, Mitverschulden des Nutzers gem § 44 ZaDiG, Verletzung beim Wandern durch Fällen eines Baums, Verwertung über eine Internet-Buchungsplattform – Untervermietung gegen unverhältnismäßig hohes Entgelt.

## Judikatur

- ▷ **Schadenersatz für Unterhaltsmehraufwand:** Bei einem vom Erstbeklagten verursachten Verkehrsunfall wurde die Tochter der Kläger schwer verletzt. Bei der Zweitbeklagten handelte es sich um die Haftpflichtversicherung der Erstbeklagten. Die Tochter hatte unmittelbar vor dem Unfall maturiert und beabsichtigte, zur Aufnahmeprüfung für das Studium der Medizin anzutreten. Aufgrund der erlittenen Verletzungen und deren Folgen war dies nicht möglich, weshalb sich der Studienbeginn um ein Jahr verzögerte. Die Kläger begehrten die Feststellung der Haftung der Beklagten für alle sich aus dessen gesetzlicher Unterhaltspflicht gegenüber ihrer Tochter ergebenden künftigen Schäden aus dem Verkehrsunfall. Die Kläger brachten vor, bei den geltend gemachten Schadenersatzansprüchen aufgrund **verlängerter Unterhaltsverpflichtung** handle es sich um einen Fall der Schadensverlagerung und nicht um einen Drittschaden. Das Berufungsgericht entschied, es liege ein nicht ersatzfähiger **Drittschaden** und keine **Schadensüberwälzung** vor, weil der Schaden der Kläger, ein Jahr länger Unterhalt zahlen zu müssen, nie bei der Tochter entstanden wäre. Die Judikatur des Obersten Gerichtshofs zur Schadensverlagerung betreffe laut Berufungsgericht Heilungskosten und nicht Unterhalt. Der OGH widersprach dem Berufungsgericht und bejahte die Aktivlegitimation der Kläger. Das Höchstgericht führte aus, **§ 1358 ABGB sei auch auf Fälle von Unterhaltsmehraufwand analog** anzuwenden (2 Ob 18/18p).

Dieses Update betrifft folgende Teile der Bücher:

- Zankl, Bürgerliches Recht<sup>8</sup> Rz 132h
  - Zankl, Zivilrecht 24<sup>2</sup> Seite 67
- ▷ **Mitverschulden des Nutzers gem § 44 ZaDiG:** Die Kläger sind gemeinsame Inhaber des beim beklagten Kreditinstitut eingerichteten Kontos. Seit 2013 nutzen sie das Electronic Banking der

Beklagten in Form von der Beklagten zur Verfügung gestellten [TAC-SMS-Codes](#). Die Beklagte übermittelt immer wieder Warnungen an ihre Kunden über aktuell im Internet im Umlauf befindliche Trojaner und Phishing-Mails. Im Oktober 2015 wurde der Erstkläger auf seinem Handy, dessen Telefonnummer im netbanking der Beklagten hinterlegt ist, von einer ihm unbekanntem Telefonnummer von einer akzentfrei Deutsch sprechenden Frau angerufen. Diese gab sich als Angestellte der Beklagten aus und forderte ihn auf, ihr aufgrund einer notwendigen Datenaktualisierung den ihm soeben per SMS übermittelten Code bekannt zu geben. Während des laufenden Anrufs öffnete der Erstkläger das ihm soeben übermittelte TAC-SMS und [gab der Anruferin den darin enthaltenen TAC-Code bekannt](#). Das an den Erstkläger im Zuge dieses Telefonats übermittelte TAC-SMS hatte den gleichen Inhalt, wie auch die sonst üblichen TAC-SMS der Beklagten. Insbesondere enthielt es die letzten 11 Stellen der IBAN jenes Kontos, auf das die Überweisung letztlich erfolgte, einen Überweisungsbetrag von 12.880 EUR und den vierstelligen TAC-Code. Noch am selben Tag wurde vom Konto der Kläger bei der Beklagten der Betrag von 12.880 EUR auf ein österreichisches Girokonto einer anderen Kreditanstalt der unbekanntem Betrüger überwiesen. Die Betrüger hatten sich zuvor unrechtmäßig Zugriff auf das System des Erstklägers geschaffen und damit dessen Zugangsdaten erhalten. Die Betrüger konnten sich somit in der Folge im netbanking-Portal des Erstklägers mit dessen Zugangsdaten anmelden und eine Überweisung erstellen. Die Kläger beehrten folglich von der Beklagten Ersatz des bei ihnen entstandenen Schadens. Die Vorinstanzen kamen zu dem Ergebnis, dass die Kläger diesen Schaden selbst zu tragen haben. Der OGH bestätigte dies und erläuterte, dass nach § 44 Abs 1 ZaDiG grundsätzlich eine [verschuldensunabhängige Haftung des Zahlungsdienstleisters](#) für Zahlungsvorgänge, die vom Zahler nicht autorisiert waren, bestünde. Trifft den Kunden jedoch ein [Verschulden am Missbrauch](#), wird er dem Zahlungsdienstleister nach Maßgabe des § 44 Abs 2 und 3 ZaDiG schadenersatzpflichtig. Die Frage, ob und in welchem Ausmaß der Zahler fahrlässig gehandelt hat, sei laut OGH nach den [allgemeinen Regeln des Schadenersatzrechts](#) zu beurteilen. Der OGH entschied im gegenständlichen Fall, dass die Kläger seine Sorgfaltspflichten gem § 36 ZaDiG grob fahrlässig verletzt haben (9 Ob 48/18a).

Dieses Update betrifft folgende Teile der Bücher:

- *Zankl*, Bürgerliches Recht<sup>8</sup> Rz 295
- *Zankl*, Zivilrecht 24<sup>2</sup> Seite 63 und der Begriff „Verschulden“

- ▷ **Verletzung beim Wandern durch Fällen eines Baums:** Die Klägerin wurde durch einen vom Beklagten gefällten Baum schwer verletzt. Das Berufungsgericht ging davon aus, dass der Beklagte den Unfall grob sorgfaltswidrig zu verantworten habe und daher trotz des Haftungsprivilegs nach § 176 Abs 3 ForstG 1975 hafte. Die Klägerin treffe kein relevantes Mitverschulden. Ein Schmerzensgeld von 40.000 EUR sei angemessen. Der OGH erkannte, dass die auf einem markierten und nicht wegen Forstarbeiten gesperrten Weg wandernde Klägerin [kein relevantes Mitverschulden treffe](#), wenn sie trotz wahrgenommenen – allerdings einem anderen Ort zugeordneten – Motorsägeneräusch auf dem Wanderweg weiterging, ohne sich durch Einsicht in das (allerdings teilweise nicht oder nur schlecht einsehbare) Gelände der Herkunft des Geräusches zu vergewissern, den Weg nur besonders vorsichtig zu beschreiten und Kontakt mit dem Forstarbeiter aufzunehmen. Mangels Hinweises auf die Forstarbeiten durfte die Klägerin davon ausgehen, den Wanderweg gefahrlos benützen zu können. Das Berufungsgericht habe

auch zutreffend darauf hingewiesen, dass ein Sägegeräusch nicht stets das Fällen eines Baums signalisiert, sondern auch bei sonstigen Holzarbeiten entsteht. Dass der Beklagte vor dem Fällen des Baums eine Pause einlegte, sodass die Motorsäge unmittelbar vor dem Unfall **nur verhältnismäßig kurz** zu hören war, **spreche laut OGH ebenfalls gegen ein (ins Gewicht fallendes) Mitverschulden** (1 Ob 130/18a).

Dieses Update betrifft folgende Teile der Bücher:

- Zankl, Bürgerliches Recht<sup>8</sup> Rz 195
- Zankl, Casebook Bürgerliches Recht<sup>9</sup> Fälle 122, 128, 146, 149, 178, 185
- Zankl, Zivilrecht 24<sup>2</sup> Seite 63 und der Begriff „Mitverschulden“

▷ **Verwertung über eine Internet-Buchungsplattform – Untervermietung gegen unverhältnismäßig hohes Entgelt:** Die Klägerin ist Wohnungseigentümerin und Vermieterin und die Beklagten sind Mieter einer in der Wiener Innenstadt gelegenen, mehr als 200 Quadratmeter großen Wohnung. Der Bruttohauptidezins betrug im Jahr 2013 monatlich 2.378,62 EUR und im Jahr 2014 2.391,28 EUR. Die Beklagten zahlen für die Wohnung jährlich circa 4.800 EUR an Energiekosten (400 EUR/Monat bzw 13,15 EUR/Tag).

Zum Zeitpunkt der Zustellung der Aufkündigung und auch schon davor inserierte die Erstbeklagte auf einer englischsprachigen Internetplattform in der unter anderem Ferienwohnungen beworben werden, die Wohnung als *„atemberaubendes sensationelles Appartement“* („*Breathtaking Showstopper Apartment*“) im 1. Wiener Bezirk. Sie beschrieb diese als Wohnung mit zwei Schlafzimmern und zwei Bädern für maximal elf Personen um – je nach Jahreszeit – 229 EUR bis 249 EUR pro Nacht, 1.540 EUR pro Woche oder 6.600 EUR pro Monat, zusätzlich 15 EUR pro Person und Nacht für mehr als einen Gast und zuzüglich Reinigungsentgelt pro Aufenthalt von 150 EUR.

Die Klägerin kündigte die Wohnung zum 31. März 2014 aus den Kündigungsgründen des **§ 30 Abs 2 Z 4 erster und zweiter Fall und Z 6 MRG** auf. Die Beklagten hätten die Wohnung ganz oder teilweise weitergegeben und würden sie nicht zur Befriedigung ihrer eigenen Wohnbedürfnisse oder der eintrittsberechtigten Personen verwenden. Sie hätten sie gegen unverhältnismäßig hohe Gegenleistung Dritten überlassen. Die Einrichtung der Wohnung sei alt, abgenützt und wertlos. Die Beklagten hätten die Wohnung auf einer Plattform angeboten und – was sich aus der Zahl der Kommentare auf der Plattform ergebe – mindestens 71-mal tageweise an Touristen und Dritte vermietet.

Das Erstgericht erachtete im zweiten Rechtsgang die Aufkündigung für rechtswirksam und gab dem Räumungsbegehren statt. Die Beklagten seien dafür beweispflichtig, trotz wiederholter Weitergabe eines Mietgegenstands ein rechtliches Interesse an der Aufrechterhaltung des Mietverhältnisses zu haben. Diesen Beweis hätten die Beklagten nicht erbracht. Die teilweise Untervermietung sei zwar nicht gegen übermäßiges Entgelt erfolgt, allerdings fielen den Beklagten auch insoweit die Negativfeststellungen hinsichtlich weiterer Untervermietungen zur Last. Das – nur von der Erstbeklagten angerufene – Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung. Die Klägerin habe eine wiederholte Überlassung der Wohnung an Touristen

nachgewiesen. Damit sei es „indiziert“, von den beklagten Mietern den Nachweis zu verlangen, trotz wiederholter Weitergaben ein rechtliches Interesse an der Aufrechterhaltung des Mietvertrags zu haben.

Nach Ansicht des OGH war die Revision zur Klarstellung der Rechtslage zulässig, aber nicht berechtigt. Der Vermieter kann nach § 30 Abs 2 Z 4 MRG kündigen, wenn der Mieter den Mietgegenstand mit oder ohne Beistellung von Einrichtungsgegenständen ganz weitergegeben hat und ihn offenbar in naher Zeit nicht für sich oder eintrittsberechtigte Personen dringend benötigt (erster Fall) oder, wenngleich auch nur teilweise, durch Überlassung an einen Dritten gegen eine im Vergleich zu dem von ihm zu entrichtenden Mietzins und etwaigen eigenen Leistungen an den Dritten unverhältnismäßig hohe Gegenleistung verwertet (zweiter Fall). Die teilweise Weitergabe einer Wohnung kommt einer gänzlichen Weitergabe dann gleich, wenn die nicht weitergegebenen Teile der Wohnung nicht zur Befriedigung des Wohnbedürfnisses des Mieters oder der eintrittsberechtigten Personen regelmäßig verwendet werden. Weiters ist es ein wichtiger Kündigungsgrund, wenn die vermietete Wohnung nicht zur Befriedigung des dringenden Wohnbedürfnisses des Mieters oder der eintrittsberechtigten Personen regelmäßig verwendet wird, es sei denn, dass der Mieter zu Kur- oder Unterrichtszwecken oder aus beruflichen Gründen abwesend ist (§ 30 Abs 2 Z 6 MRG).

Für den OGH war zwar der der Kündigungsgrund nach § 30 Abs 2 Z 6 nicht gegeben, da dieser bloß als Abhilfe gegen das Horten mehrerer Wohnungen durch den Mieter gedacht sei. Hingegen sah der OGH den Kündigungsgrund gem § 30 Abs 2 Z 4 zweiter Fall MRG als verwirklicht an. Eine „Verwertung“ iSd § 30 Abs 2 Z 4 zweiter Fall MRG liege nämlich auch darin, dass eine Wohnung bis zum Zeitpunkt der Zustellung der Aufkündigung – etwa über eine Internet-Buchungsplattform – **ständig zur jederzeitigen tage-, wochen- oder monatsweisen Untervermietung angeboten und bei gegebener Nachfrage auch tatsächlich vermietet werde**; dies gelte auch dann, wenn die Untervermietung tatsächlich nicht ständig gelingt oder gerade im Zeitpunkt der Zustellung der Aufkündigung nicht erfolgt. Der zur Beurteilung des Vorliegens einer „*unverhältnismäßig hohen Gegenleistung*“ anzustellende Vergleich vermögenswerter Leistungen hat in einem solchen Fall nach der kürzesten Dauer zu erfolgen, zu der der Hauptmieter die Wohnung verwertet (zur Untervermietung ständig anbietet - 7 Ob 189/17w).

Dieses Update betrifft folgende Teile der Bücher:

- Zankl, Bürgerliches Recht<sup>8</sup> Rz 172 f, 178
- Zankl, Casebook Bürgerliches Recht<sup>9</sup> Fälle 126, 179
- Zankl, Zivilrecht 24<sup>2</sup> Begriffe „Dauerschuldverhältnis“, „Mietrechtsgesetz“, „Untermietvertrag“